



## **RAPPORT DE Mme ALA, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

**Arrêt n° 527 du 22 mai 2023 (B) – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 22-11.623**

**Décision attaquée : 26 janvier 2021 de la cour d'appel de  
Besançon**

**M. [O] [G]  
C/  
la société Geox Retail SRL**

---

**Ce rapport comporte des propositions de rejets non spécialement motivés.**

### **1. Rappel des faits et de la procédure**

M. [G] a été engagé en qualité de vendeur par la société Geox Retail en raison d'un surcroît d'activité par contrat à durée déterminée du 8 octobre 2016 pour une durée hebdomadaire de six heures.

Le terme du contrat, initialement fixé au 8 février 2017 a été renouvelé par avenants jusqu'au 7 juillet 2017.

Le 27 juin 2017, il a été placé en arrêt de travail jusqu'au 9 juillet 2017 en raison d'un syndrome dépressif réactionnel.

A son retour, il a trouvé la boutique fermée.

M. [G], travailleur étranger hors pays de l'Union européenne, était titulaire d'un titre de séjour supérieur à trois mois portant la mention étudiant et était inscrit à l'université de Franche-Comté.

Le 7 juin 2019, il a saisi le conseil de prud'hommes de demandes de requalification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée à temps complet et de demandes se rapportant à l'exécution et à la rupture du contrat de travail ainsi qu'en paiement d'une indemnité de requalification.

Par jugement rendu le 11 avril 2019, le conseil de prud'hommes de Besançon a requalifié le contrat à durée déterminée et ses avenants en contrat à durée indéterminée à temps complet.

Il a prononcé la résiliation judiciaire du contrat au 11 avril 2019 et dit qu'elle produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il a condamné l'employeur à lui verser :

- 11 820,48 euros outre congés payés afférents à titre de rappel de salaire à temps complet à compter d'octobre 2016,
- 2 289,39 euros à titre d'indemnité de requalification de contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée,
- 43 496,97 euros à titre de rappels de salaires du 1<sup>er</sup> juillet 2017 au 11 avril 2019,
- 2 289,39 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis outre congés payés afférents,
- 1 076,90 euros au titre de l'indemnité de licenciement,
- 8 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- Ordonné la remise de documents,
- Débouté le salarié de ses autres demandes,
- Condamné l'employeur aux dépens.

Par arrêt rendu le 26 janvier 2021, la cour d'appel de Besançon, a infirmé le jugement sauf dans sa disposition relative à la prime de précarité.

Statuant à nouveau et y ajoutant, elle a débouté le salarié de l'ensemble de ses prétentions et l'a condamné à verser à l'employeur la somme de 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'à supporter la charge des entiers dépens.

M. [G], qui bénéficie de l'aide juridictionnelle totale suivant décision rendue le 10 janvier 2022, s'est pourvu en cassation le 9 février 2022.

Il a déposé un mémoire ampliatif le 9 juin 2022 dans lequel il conclut à la cassation et annulation de l'arrêt et réclame 3 500 euros pour son conseil au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Une requête en radiation du rôle a été déposée le 5 août 2022 et rejetée le 2 février 2023.

La société Geox Retail a déposé un mémoire en défense le 31 mars 2023 dans lequel elle conclut au rejet du pourvoi et réclame la condamnation du demandeur à lui verser 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

M. [G] a déposé un mémoire en réplique le 28 avril 2023.

## **2. Analyse succincte des moyens**

Dans un premier moyen, le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en requalification de contrat de travail à temps complet du contrat à durée déterminée et de ses avenants ainsi que de sa demande de rappels de salaire à compter du 8 octobre 2016 alors que :

*1°) il résulte de l'article L.3123-27 du code du travail qu'à défaut d'accord de branche ou d'entreprise, la durée minimale de travail du salarié à temps partiel est fixée à vingt-quatre heures par semaine ou, le cas échéant, à l'équivalent mensuel de cette durée ou à l'équivalent calculé sur la période déterminée par un accord collectif ; qu'aucune dérogation autre que par accord collectif n'étant prévue, il ne peut être opposé au salarié étranger titulaire d'un titre de séjour portant la mention étudiant la limitation de son temps de travail fixée par l'article R.5221-26 du code du travail à 964 heures annuelles ; qu'en déboutant le salarié de ses demandes, au motif que sa durée hebdomadaire ne saurait excéder 18 heures par semaine en application du plafond annuel de 964 heures, la cour d'appel a violé l'article L.3123-27 du code du travail dans sa version applicable en la cause,*

*2°) l'étranger titulaire d'un titre de portant la mention étudiant est autorisé à exercer une activité salariée, à titre accessoire, dans la limite d'une durée annuelle de travail égale à 964 heures ; qu'en déboutant le salarié de ses demandes en lui opposant un plafond de durée du travail de 18 heures par semaine, quand l'article R.5221-26 du code du travail prévoit seulement un plafond annuel de 964 heures et non un plafond hebdomadaire, la cour d'appel a violé ledit article,*

*3°) l'étranger titulaire d'un titre de portant la mention étudiant est autorisé à exercer une activité salariée, à titre accessoire, dans la limite d'une durée annuelle de travail égale à 964 heures ; qu'en opposant un plafond de 18 heures par semaine, sans vérifier la réalité du temps de travail effectué sur l'année par le salarié, lequel pouvait à tout le moins prétendre à un rappel de salaire correspondant aux heures effectuées jusqu'à 964 heures, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L.3121-27 et R.5221-26 du code du travail.*

Dans un second moyen, le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de requalification en contrat à durée indéterminée de son contrat à durée déterminée et de ses avenants, de sa demande d'indemnité de requalification, de sa demande de résiliation judiciaire au 11 avril 2019, de ses demandes de rappel de salaires subséquentes et d'indemnités de rupture alors que :

*1°) en cas de litige sur le cas de recours du contrat à durée déterminée, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de la réalité du motif énoncé dans le contrat à durée déterminée qu'il a conclu ; que l'exposant soutenait que par les modifications successives de la durée de son temps de travail par avenants, l'employeur, qui avait invoqué le motif d'accroissement temporaire d'activité du service pour recourir au contrat à durée déterminée, avait en réalité modifié le motif du recours ; qu'en se bornant à retenir que les parties à un contrat à durée déterminée pouvaient convenir d'un avenant modifiant le volume horaire de travail sans modification du cas de recours, sans vérifier, comme elle y était pourtant invitée, si l'employeur avait fait la preuve de la réalité du cas de recours justifiant les avenants successifs, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article L.1242-2 du code du travail, ensemble l'article 1353 anciennement 1315 du code civil;*

2°) il résulte de l'article L1242-12 du code du travail que la signature d'un contrat à durée déterminée a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne la requalification en contrat à durée déterminée ; qu'il n'en va autrement que si le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse ; qu'en retenant la mauvaise foi du salarié par un motif improprie tiré du seul refus de signature de l'avenant de renouvellement du contrat à durée déterminée motivé par son désaccord sur son contenu, la cour d'appel a violé l'article L.1242-12 du code du travail.

### **3. Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

Les dispositions sur la durée minimale du contrat de travail à temps partiel sont-elles applicables à un travailleur étranger bénéficiant du statut d'étudiant ?

### **4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

#### **4.1 Sur la demande de requalification des contrats de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet (1<sup>er</sup> moyen)**

##### - Les textes

Faisant suite à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, la loi n° 2013-504 du 13 juin 2013 (article 12 IV) relative à la sécurisation de l'emploi impose, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014, une durée minimale du travail. Celle-ci est fixée à 24 heures par semaine ou, le cas échéant, à l'équivalent mensuel de cette durée ou à l'équivalent calculé sur la période prévue par un accord collectif conclu en application de l'article L.3122-2 du code du travail (article L.3123-14-1 du code du travail).

L'article L.3123-1 du code du travail dispose “ *Est considéré comme salarié à temps partiel le salarié dont la durée du travail est inférieure :*

*1° A la durée légale du travail ou, lorsque cette durée est inférieure à la durée légale, à la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou à la durée du travail applicable dans l'établissement ;*

*2° A la durée mensuelle résultant de l'application, durant cette période, de la durée légale du travail ou, si elle est inférieure, de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou de la durée du travail applicable dans l'établissement ;*

*3° A la durée de travail annuelle résultant de l'application durant cette période de la durée légale du travail, soit 1 607 heures, ou, si elle est inférieure, de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou de la durée du travail applicable dans l'établissement.”*

Le principe d'une durée minimale du contrat de travail à temps partiel a été repris par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation professionnelle.

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, le 10 août 2016, l'article L.3123-7 du code du travail prévoit que *“ le salarié à temps partiel bénéficie d'une durée minimale de travail hebdomadaire déterminée selon les modalités fixées aux articles L.3123-19 et L.3123-27”*.

Dans ce même article, le législateur ménage des exceptions et dit que les dispositions du premier alinéa de cet article ne sont pas applicables à certaines contrats :

1° aux contrats d'une durée au plus égale à sept jours ;

2° aux contrats à durée déterminée conclus au titre du 1° de l'article L.1242-2 ( les contrats destinés à assurer le remplacement d'un salarié absent, de passage provisoire d'un salarié à temps partiel, de suspension de son contrat de travail, de départ définitif précédant la suppression d'un poste de travail, de contrat conclu dans l'attente d'un salarié recruté en contrat à durée indéterminée),

3° aux contrats de travail temporaire conclus au titre de l'article 1° de l'article L.1251-6 pour le remplacement d'un salarié absent

4° aux contrats à durée indéterminée conclus dans le cadre d'un cumul avec un “contrat aidé” afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée à l'article L.3123-27 ( exception ajoutée par la loi n°2020-1577 du 14 décembre 2020).

Le législateur prévoit également des cas de dérogation concernant certaines catégories de salariés.

- Deux cas de dérogation facultative à la demande du salarié

- *“une durée de travail inférieure à celle prévue au premier alinéa du présent article peut être fixée à la demande du salarié soit pour lui permettre de faire face à des contraintes personnelles, soit pour lui permettre de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée mentionnée au même premier alinéa. Cette demande est écrite et motivée”*,

- *“une durée de travail inférieure à celle prévue audit premier alinéa peut être fixée, à sa demande, au bénéfice du salarié ayant atteint l'âge prévu au premier alinéa de l'article L. 161-22-1-5 du code de la sécurité sociale.”* ( introduit par la loi n°23-270 du 14 avril 2023).

- Un cas de dérogation de droit *“ Une durée de travail inférieure à celle prévue au premier alinéa, compatible avec ses études, est fixée de droit, à sa demande, au bénéfice du salarié âgé de moins de vingt-six ans poursuivant ses études.”*

La durée minimale des contrats de travail à temps partiel relève par priorité du champ de la négociation collective. Lorsque cette durée est inférieure à 24 heures par semaine, l'accord doit comporter des garanties destinées à permettre au salarié engagé à temps partiel d'atteindre un temps plein ou à tout le moins la durée de 24 heures par semaine.

Ainsi l'article L.3123-19 dispose *“ Une convention ou un accord de branche étendu fixe la durée minimale de travail mentionnée à l'article L. 3123-7. Lorsqu'elle est inférieure à celle prévue à l'article L. 3123-27, il détermine les garanties quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié de cumuler plusieurs*

*activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée mentionnée à l'article L. 3123-27.*

*Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu détermine les modalités selon lesquelles les horaires de travail des salariés effectuant une durée de travail inférieure à la durée minimale prévue à l'article L. 3123-27 sont regroupés sur des journées ou des demi-journées régulières ou complètes.”*

Le second alinéa a été introduit par l'ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017.

*L'article L.3123-27 n'intervient qu'à défaut d'accord collectif, il dispose “ à défaut d'accord prévu à l'article L. 3123-19, la durée minimale de travail du salarié à temps partiel est fixée à vingt-quatre heures par semaine ou, le cas échéant, à l'équivalent mensuel de cette durée ou à l'équivalent calculé sur la période prévue par un accord collectif conclu en application de l'article L. 3121-44.”*

L'article L.3121-44 auquel le législateur renvoie concerne les accords collectifs qui comportent un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine.

Le code du travail comporte des dispositions spécifiques au travailleur étranger étudiant.

*L'article L.5221-6 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020, dispose que “ La délivrance d'un titre de séjour ouvre droit, dans les conditions fixées aux chapitres III à VI du titre Ier du livre III du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, à l'exercice d'une activité professionnelle salariée.”*

*L'article R.5221-26 al 1 du code du travail dans sa version antérieure au décret n°2016-1456 du 28 octobre 2016 disposait “ L'étranger titulaire du titre de séjour ou du visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois mentionné au 3° de l'article R. 5221-3 portant la mention étudiant est autorisé à exercer une activité salariée, à titre accessoire, dans la limite d'une durée annuelle de travail égale à 964 heures.”*

Dans sa version issue de ce même décret et jusqu'à sa modification par le décret n°2019-141 du 27 février 2019 ce même texte disposait “ *L'étranger titulaire du titre de séjour ou du visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois mentionné au 7° de l'article R. 5221-3 portant la mention étudiant est autorisé à exercer une activité salariée, à titre accessoire, dans la limite d'une durée annuelle de travail égale à 964 heures.*”

Il faut donc retenir de ce texte que le travailleur étranger titulaire du titre de séjour visé par les dispositions du code du travail portant la mention *étudiant* peut exercer une activité salariée à titre accessoire dans la limite d'une durée annuelle de travail égale à 964 heures.

L'article L.313-7 al 1 et 2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans sa rédaction issue de la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 disposait “ *I.-La*

*carte de séjour temporaire accordée à l'étranger qui établit qu'il suit en France un enseignement ou qu'il y fait des études et qui justifie qu'il dispose de moyens d'existence suffisants porte la mention "étudiant". En cas de nécessité liée au déroulement des études ou lorsque l'étranger a suivi sans interruption une scolarité en France depuis l'âge de seize ans et y poursuit des études supérieures, l'autorité administrative peut accorder cette carte de séjour sans que la condition prévue à l'article L. 313-2 soit exigée et sous réserve d'une entrée régulière en France.*

*La carte ainsi délivrée donne droit à l'exercice, à titre accessoire, d'une activité professionnelle salariée dans la limite de 60 % de la durée de travail annuelle."*

Dans sa rédaction applicable au litige soit celle issue de la loi n°2016-274 du 7 mars 2016, l'article L313-5 al 4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, disposait " *La carte de séjour temporaire prévue à l'article L. 313-7 du présent code ou la carte de séjour pluriannuelle générale portant la mention " étudiant " peut être retirée à l'étudiant étranger qui ne respecte pas la limite de 60 % de la durée de travail annuelle prévue au même article."*

De même l'absence de respect des termes de l'autorisation de travail peut conduire à une décision de rejet en cas de demande de renouvellement de l'autorisation ( article R.5221-34 du code du travail).

- Le débat et la jurisprudence

Au cas présent, le contrat à temps partiel conclu entre les parties à compter du 8 octobre 2016 a fait l'objet de plusieurs avenants portant sur la durée du travail.

Le salarié relevant que la durée minimale de 24 heures n'était pas respectée et qu'il n'existait pas de dérogation conventionnelle, demandait la requalification à temps complet de tous les avenants comportant une durée de travail inférieure à 24 heures hebdomadaires.

La cour d'appel a infirmé le jugement qui avait fait droit aux prétentions du salarié en retenant que l'article R.5221-26 du code du travail " dérogeant à l'article L.3123-27 du même code, ne fixe pas de durée hebdomadaire du travail pour un étudiant étranger mais se borne à déterminer un plafond à ne pas dépasser; que la durée hebdomadaire dans cette hypothèse ne saurait excéder 18 heures par semaine (964,00 heures /52) ; qu'il s'ensuit que la demande formée à ce titre par M. [O] [G] ne saurait être favorablement accueillie ; qu'il en résulte que le jugement déféré sera infirmé à ce titre".

A titre liminaire, il sera relevé que le législateur ne prévoit pas de sanction concernant les contrats de travail à temps partiel d'une durée inférieure à 24 heures par semaine.

Votre rapporteure n'a pas trouvé d'arrêts rendus par la chambre sociale qui auraient permis de requalifier le contrat de travail en contrat de travail à temps complet pour cette raison - mais cette question n'était pas débattue par les parties.

N'est pas non plus débattu par les parties le fait que la convention collective applicable - la convention collective des détaillants en chaussure du 27 juin 1973 ( actualisée par avenant n°79 du 8 décembre 2014), IDCC 733- ne comporte pas de disposition fixant une durée minimale pour les contrats à temps partiel.

Au sujet de la durée minimale hebdomadaire, il est possible de faire état de deux arrêts rendus par la chambre sociale mais qui portent essentiellement sur l'application des dispositions l'instaurant dans le temps ( Soc., 5 juillet 2023, n°22-10.424, publié mais non sur ce point, Soc., 21 octobre 2020, n°18-26.850 ).

Concernant l'étudiant étranger, il convient de faire état d'un arrêt rendu par la chambre sociale le 27 mars 2019 ( Soc., 27 mars 2019, n°16-28.774, publié). L'affaire concerne un salarié étudiant et titulaire d'une carte de séjour temporaire engagé à temps partiel qui a obtenu la requalification du contrat de travail en contrat de travail à temps complet et un rappel de salaire afférent. L'employeur s'est pourvu en cassation en soutenant que la cour d'appel avait violé les textes susvisés au regard de la durée maximale de travail permise à un étudiant étranger. La critique a été rejetée par la chambre sociale qui a retenu *"ayant constaté que les horaires de travail du salarié à temps partiel, qui était étudiant et titulaire d'une carte de séjour temporaire, variaient constamment et que la durée du travail convenue était fréquemment dépassée, sans que l'employeur ne justifie du respect du délai de prévenance contractuel, en sorte que, compte tenu de l'incertitude avérée de ses horaires de travail, le salarié était contraint de demeurer à la disposition permanente de l'employeur, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat de travail à temps partiel de l'intéressé, qui ne sollicitait ni sa réintégration ni la poursuite de son contrat de travail, devait être requalifié à temps complet"*. ( sommaire)

*" Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [N], étudiant et titulaire d'une carte de séjour temporaire, a été engagé le 1er septembre 2010 par la société Zeus sécurité en qualité d'agent de sécurité, par contrat à durée indéterminée à temps partiel ; qu'il a été victime d'un accident du travail le 25 juin 2011 et a été en arrêt de travail jusqu'au 4 juillet suivant ; que licencié pour faute grave le 30 mars 2012, il a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant notamment à la requalification de la relation de travail en un contrat à temps complet et au paiement de différentes sommes au titre de son exécution et de sa rupture ;*

*Sur le deuxième moyen :*

*Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de prononcer la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein et de le condamner à verser au salarié une certaine somme à titre de rappel de salaire alors, selon le moyen, qu'un étudiant étranger ne peut exercer, à titre accessoire, une activité salariée que dans la limite annuelle de 964 heures ; que le non-respect par l'employeur du délai de prévenance ne saurait, dès lors, entraîner la requalification du contrat de travail à temps partiel conclu par un étudiant étranger en contrat à temps complet ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles L.5221-6 et R.5221-26 du code du travail ;*

*Mais attendu qu'ayant constaté que les horaires de travail du salarié à temps partiel variaient constamment et que la durée du travail convenue était fréquemment dépassée, sans que l'employeur ne justifie du respect du délai de prévenance contractuel, en sorte que, compte tenu de l'incertitude avérée de ses horaires de travail, le salarié était contraint de demeurer à la disposition permanente de l'employeur, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat de travail à temps partiel de l'intéressé, qui ne sollicitait ni sa réintégration ni la poursuite de son contrat de travail, devait être requalifié à temps complet ; que le moyen n'est pas fondé."*

La chambre sociale a ainsi appliqué sa jurisprudence classique qui la conduit à requalifier le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet lorsque l'employeur exécute le contrat de travail à temps partiel de manière défectueuse en ne respectant pas le délai de prévenance qui contraint le salarié à se tenir à sa disposition permanente sans appliquer au salarié étranger la limitation de 964 heures annuelles puisqu'elle sanctionnait un manquement contractuel.

Dans d'autres hypothèses, la situation d'un travailleur étranger conduit à l'application de règles différentes.

Ainsi, en raison de l'interdiction d'embaucher, de conserver à son service ou d'employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France (article L.8252-1 du code du travail), il est jugé avec constance que l'employeur est tenu de procéder immédiatement au licenciement du salarié en situation d'emploi illégal et que cette situation constitue une cause objective de licenciement exclusive de l'application des règles relatives au licenciement (Soc., 29 janvier 2008, pourvoi n°06-44.983, Bull. 2008, V, n° 27, Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-44.751, Soc., 23 novembre 2022, n°21-12.125, publié).

Dans une première branche, le moyen soutient que l'article L.3123-27 ne comporte pas de dérogation autre que celle prévue par accord collectif en sorte que la limitation de 964 heures annuelles prévue par l'article R.5221-26 du code du travail ne peut être opposé au salarié étranger titulaire d'un titre de séjour portant la mention étudiant.

Le mémoire ampliatif développe en indiquant que le texte instaurant une durée minimale de 24 heures ne comporte pas de texte dérogatoire pour les travailleurs étrangers dont le titre de séjour porte la mention *étudiant*.

Il estime que la violation des dispositions sur la durée minimale conduit à une requalification en contrat de travail à temps complet et relève que dans cette hypothèse la chambre sociale ne tient pas compte de la limite de 964 heures, à cette fin il cite l'arrêt rendu par la chambre sociale le 27 mars 2019 ( n°16-2.774, précité). Le mémoire en défense réplique que la catégorie des travailleurs à temps partiel est déterminée par les dispositions de l'article L.3123-1 du code du travail.

Il rappelle les dispositions se rapportant à la durée minimale hebdomadaire énonçant les exceptions.

Il soutient que l'article R.5221-26 du code du travail constitue une dérogation supplémentaire à l'article L.3123-7 du code du travail et que, pour les travailleurs disposant d'un titre de séjour étranger portant la mention étudiant, la durée maximale de travail autorisée étant de 964 heures ( 60 % de la durée légale), rapportée à la semaine, cela abouti à une durée minimale de 18 heures.

Il ajoute que le moyen manque en droit puisque, contrairement à ce qui est affirmé, la dérogation ne résulte pas seulement d'un accord collectif puisque le législateur a lui même ménagé des exceptions et que la cour d'appel est bien fondée a faire application des dispositions spéciales se rapportant aux travailleurs étrangers.

Il soutient enfin que la situation dégagée par l'arrêt du 27 mars 2019, n'est pas transposable à la présente espèce qui consiste à déterminer la durée maximale hebdomadaire de travail d'un étudiant étranger et non à sanctionner les manquements de l'employeur dans l'exécution du contrat.

Dans une deuxième branche, soulevée à titre subsidiaire, il est soutenu que l'article L.5221-26 du code du travail prévoit un plafond annuel de 964 heures et que la cour

d'appel ne pouvait valablement opposer au salarié une durée minimale de 18 heures.

Se référant notamment à la circulaire dpm/dm 2-3 n°98-420 du 9 juillet 1998 relative à la délivrance des autorisations provisoires de travail aux étudiants étrangers, dont il cite des extraits il soutient que cette durée est appréciée annuellement et pas de manière hebdomadaire.

Le mémoire en défense estime d'abord la critique irrecevable contre contraire à la position soutenue en appel puisqu'il soutenait qu'il n'existait aucune dérogation à la durée minimale légale.

Sur fond, il soutient que la durée minimale légale n'est prévue, en l'absence d'accord collectif que dans un cadre hebdomadaire ou mensuel et que la cour d'appel, au regard d'une durée annuelle maximale de travail a à juste titre rapporté la durée à une durée hebdomadaire.

Le salarié soutient en réplique que la position qu'il soutenait devant la cour d'appel n'est pas incompatible avec la critique qu'il articule par sa deuxième branche.

Dans une troisième branche, présentée comme subsidiaire, il est soutenu qu'en ne vérifiant pas si la durée de travail plafond avait été atteinte, la cour d'appel a privé sa décision de base légale dans la mesure où il pouvait à tout le moins prétendre à un rappel de salaire à hauteur du plafond de 964 heures.

**Si dans le cadre de son délibéré, la Cour estimait que la cour d'appel n'avait pas à faire une recherche qui ne lui était pas demandée, elle pourrait décider d'un rejet non spécialement motivé concernant cette critique.**

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen.

#### **4.2 Sur la requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (2nd moyen)**

- Sur le motif de recours au contrat à durée déterminée (1<sup>ère</sup> branche du moyen) période du 8 octobre 2016 au 4 juin 2017

L'article L.1242-1 du code du travail dispose *"qu'un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise"*.

Parmi les motifs de recours au contrat à durée déterminée, figure l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ( article L.1242-2 2° du code du travail).

En application de l'article L.1245-1 du code du travail, la méconnaissance de ces dispositions entraîne la requalification du contrat à durée déterminée auquel il a été recouru de manière illicite en contrat à durée indéterminée.

Le recours aux heures complémentaires est quant à lui prévu par les articles L.3123-20, 21, 28 et 29. Le principe est que la limite, les modalités ainsi que la rémunération

des heures complémentaires sont prévues par des dispositions collectives et à défaut son fixés par la loi.

En outre, l'article L.3123-22 régit la question du recours au complément d'heures par avenant permettant d'augmenter temporairement la durée du travail prévue par le contrat.

Enfin, on rappellera la jurisprudence constante de la chambre sociale qui distingue la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, de celle d'un contrat à temps partiel en contrat à temps plein ( Soc., 9 octobre 2013, n°12-17.882, Bull V, n°226).

Au cas présent, la cour d'appel a constaté qu'un premier contrat à durée déterminée a été conclu du 8 octobre 2016 au 8 février 2017 au motif d'un accroissement temporaire d'activité et que, par avenant les parties avaient modifié la durée ainsi que la répartition du travail.

Elle a ensuite relevé que, le 9 février 2017, les parties avaient renouvelé le contrat à durée déterminée initial jusqu'au 4 juin 2017 pour le même motif et qu'ensuit, par avenant, les parties avaient modifié la durée et la répartition du travail.

Le salarié soutenait ( page 11 de ses écritures) *“ les avenants successifs ont, chacun modifié le volume horaire de travail, ce qui implique donc une modification du motif du recours au contrat à durée déterminée et entraîne la requalification de ce dernier contrat en contrat à durée indéterminée”*.

Il est à relever que salarié ne contestait pas la réalité du motif de recours initial au contrat à durée déterminée.

La cour d'appel a rejeté la demande de requalification en retenant “ attendu que les parties à un contrat à durée déterminée peuvent par voie d'avenant modifier d'un commun accord un élément essentiel du contrat de travail, tel le temps de travail; qu'en l'espèce il y a lieu de constater que la société Geox et M. [O] [G] se sont accordés à plusieurs reprises pour ajuster le temps de travail du salarié à la demande de la clientèle du magasin et pour répondre aux besoins résultant d'un accroissement temporaire d'activité dans le cadre des deux CDD à terme conclus entre elles; que contrairement à ce que soutient M. [O] [G] les avenants modifiant le volume horaire de travail, n'impliquait nullement une modification du motif du recours au CDD; que ce premier moyen avancé par le salarié à l'appui de sa demande de requalification doit être jugé inopérant.”

**Si la Cour, dans le cadre de son délibéré retenait que le moyen est inopérant en considérant que la cour d'appel, devant laquelle le motif du recours au contrat à durée déterminée n'était pas contesté, a retenu a bon droit que les avenants modificatifs de la durée du travail n'impliquaient pas la modification du motif de recours au contrat à durée déterminée en sorte qu'elle n'avait pas à procéder à la vérification prétendument omise, elle pourrait décider d'un rejet non spécialement motivé de la première branche du moyen.**

- Sur l'absence de signature du contrat à durée déterminée (2nde branche) période postérieure au 5 juin 2017

L'article L.1242-12 prévoit que le contrat à durée déterminée est établi par écrit. Le défaut d'écrit conduit à la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ( L.1242-12 et L. 1245-1 du code du travail).

Il est jugé avec constance que, faute comporter la signature du salarié, le contrat à durée déterminée ne peut être considéré comme ayant été établi par écrit et qu'en conséquence il est réputé conclu pour une durée indéterminée ( Soc., 26 octobre 1999, n°97-41.992, Bull V n°401, Soc., 27 mars 2019, n°17-26.273).

Il n'en va autrement que lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse ( Soc., 7 mars 2012, n°10-12.091, Bull V n°85) : “ Vu l'article L. 1242-12 du code du travail ;

*Attendu qu'il résulte de ce texte que la signature d'un contrat de travail à durée déterminée a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne à la demande du salarié, la requalification en contrat à durée indéterminée ; qu'il n'en va autrement que lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse ;*

*Attendu que pour rejeter la demande en requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée et débouter la salariée de ses demandes à ce titre, l'arrêt énonce qu'il résulte des pièces produites que les divers contrats à durée déterminée écrits ont bien été remis à la salariée à chacune de ses interventions, mais que celle-ci a refusé de les rendre, malgré notamment un rappel par courrier recommandé du 6 septembre 2007, rappelant un courrier du 16 mai 2007 resté sans effet ; que Mme [X] ne peut se prévaloir du défaut de signature des contrats qui lui incombe ;*

*Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser la mauvaise foi ou l'intention frauduleuse de la salariée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.”*

Cette exigence est maintenue et la Cour de cassation opère un contrôle de motivation.

Ainsi, ont été jugés insuffisants à caractériser la mauvaise foi ou l'intention frauduleuse, des motifs par lesquels la cour d'appel a retenu que la non signature effective du contrat n'est survenue qu'en raison du refus du salarié d'y apposer sa signature alors qu'il ne contestait pas avoir commencé à exécuter sa prestation en connaissant sans ambiguïté qu'il s'agissait d'un contrat à durée déterminée.

Soc., 10 avril 2019 ( n°18-10.614) “ Vu l'article L. 1242-12 du code du travail ;

*Attendu que pour rejeter la demande en requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée et débouter le salarié de ses demandes à ce titre, l'arrêt retient que la non signature effective du contrat n'est survenue qu'en raison du refus du salarié d'y apposer sa signature alors qu'il ne contestait pas avoir commencé à exécuter sa prestation en connaissant sans ambiguïté qu'il s'agissait d'un contrat à durée déterminée à terme du 23 décembre 2013 pour le motif repris dans la promesse d'embauche ;*

*Attendu, cependant, que la signature d'un contrat de travail à durée déterminée a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne, à la demande du salarié, la requalification en contrat à durée indéterminée ; qu'il n'en va autrement que lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse ;*

*Qu'en se déterminant par des motifs qui ne suffisaient pas à caractériser la mauvaise foi ou l'intention frauduleuse du salarié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision”.*

Dans le même sens Soc., 22 mai 2019 ( n°18-11.350) , Soc., 31 janvier 2018 ( n°17-13.131) , Soc., 20 septembre 2017 (n°16-14.543), Soc., 30 novembre 2016 ( n°15-23.905 et suivants).

En revanche, a été retenue l'existence d'une fraude Soc., 31 octobre 2012 ( n°11-18.869) “*Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à obtenir la requalification de*

*son contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, alors, selon le moyen, que faute de comporter la signature du salarié, le contrat à durée déterminée ne peut être considéré comme ayant été établi par écrit et est, en conséquence, réputé conclu pour une durée indéterminée ; qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté que le contrat de travail à durée déterminée produit par l'employeur ne comportait pas la signature du salarié ; que dès lors, en refusant de requalifier le contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé les dispositions de l'article L. 1242-12 du code du travail ;*

*Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 1242-12 du code du travail que la signature d'un contrat de travail à durée déterminée a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne à la demande du salarié, la requalification en contrat à durée indéterminée ; qu'il n'en va autrement que lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse ;*

*Et attendu qu'ayant retenu que le salarié s'était frauduleusement refusé à signer le contrat à durée déterminée qui lui avait été remis, malgré plusieurs tentatives de l'employeur, c'est à bon droit que la cour d'appel a rejeté la demande en requalification formée par le salarié .”*

La seconde branche du moyen soutient que la demande de requalification ne pouvait être rejetée au motif impropre tiré du seul refus de l'avenant au renouvellement du contrat à durée déterminée motivé par son désaccord sur le contenu.

Le mémoire en défense réplique que, contrairement à ce qui est soutenu par le moyen, la cour d'appel n'a pas retenu uniquement le refus de signature mais également la poursuite du contrat de travail.

**Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen, si toutefois elle avait la même lecture de l'arrêt que celle suggérée par la défense au pourvoi, elle pourrait considérer que le moyen manque par le fait qui lui sert de base et le rejeter en la forme non spécialement motivée.**